

XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

Comisión 10, Derecho Notarial: “Innovaciones del Código respecto de instrumentos públicos y privados”

Autor Santiago PANO

Profesor adjunto interino de la catedra Derecho Notarial Registral e Inmobiliario

Colaboraron
Martin Giralt Font
Sergio García

Aval de Dra Maria T ACQUARONE

Profesora titular Derecho Notarial Registral e Inmobiliario

FIRMA DIGITAL

El Código Civil y Comercial (en adelante CCC) divide los instrumentos en públicos, privados y particulares. Los primeros se caracterizan por la intervención de un oficial público que no interviene en los privados y particulares. Estos últimos, si están firmados se llaman instrumentos privados, sino particulares (art. 287 CCC).

Por ello, la firma es un requisito esencial de los instrumentos privados y públicos. El CCC en su art. 288 estipula que la firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde y debe consistir en el nombre del firmante o en un signo. La firma desde antes de la época de los romanos es la forma de atribuir efectos

jurídicos a una persona respecto del documento firmado, entendiéndose como tales a un documento en soporte papel y a una firma hecha con los trazos de una mano en tinta o similar.

Desde la aparición de la electrónica y la informática, los documentos han evolucionado a medios electrónicos y la firma o la asignación de la voluntad también. Véase a diario como los clicks en una computadora han cambiado drásticamente la forma en que expresamos nuestra aceptación a una gran variedad de actos jurídicos.

La Ley de Firma Digital (Ley 25.506, en adelante la LFD) define en su art. 6º al documento digital como la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura.

Por ello, el CCC en su art. 288 prevé que en los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento. Entonces, no hay limitación alguna para que un instrumento público o privado pueda estar redactado por medios electrónicos, lo que específicamente prevé el CCC para los contratos de consumo (art. 1106). Esta regla de que una firma manuscrita puede ser reemplazada por una firma digital se repite en el art. 3 de la LFD.

Respecto de la firma en los instrumentos públicos o privados electrónicos, el código civil y comercial estipula la utilización de la “firma digital” a los fines de asegurar indubitablemente la autoría e integridad del instrumento.

Por ello, es necesario remitirse a la ley 25.506 de Firma Digital (LFD) que es anterior a la sanción del Código Civil y Comercial (Dic.2001). La LFD prevé tanto la firma digital como la firma electrónica. No nos vamos a ocupar de los procedimientos informáticos y matemáticos que se esconden detrás de los algoritmos de la firma digital sino de sus consecuencias jurídicas.

La LFD no define a la firma digital sino por sus efectos, ya que la firma digital “debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del

documento digital posterior a su firma” (Art. 2º). El gran efecto de la firma digital es que presume la autoría del titular del certificado digital con el que se ha firmado siempre que se pueda verificar la firma, de allí que admite prueba en contrario (art 7 LFD). Por otro lado si el proceso de verificación de la firma arroja resultados positivos puede presumirse, además de la identidad del firmante, que el documento no ha sido alterado desde su firma (art 8)

El art. 4º de la LFD excluye del ámbito de la firma digital a: a) A las disposiciones por causa de muerte; b) A los actos jurídicos del derecho de familia; y c) A los actos personalísimos en general. Habría que preguntarse si con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial esta norma se encuentra superada. Pensamos que si el acto a otorgar es por instrumento público, sin duda está superada por el nuevo Código ya que la intervención del oficial público otorga las garantías necesarias al acto jurídico. Respecto de instrumentos privados como un testamento ológrafo, las dudas son mayores.

Respecto de las escrituras matrices, del análisis de distintas normas del Código Civil y Comercial (arts. 299 a 307) parecería que no podría hablarse de protocolo digital, ya que hay ciertos elementos característicos del protocolo que no serían compatibles con este concepto (protocolo digital), como por ejemplo, la referencia a “folios”, “su colección en volúmenes o legajos”, que “la redacción resulte estampada”, que las correcciones al instrumento deban ser “realizadas de puño y letra del escribano y antes de la firma”, la necesidad de la “impresión digital del otorgante” para el supuesto de que no sepa o no pueda firmar, y la necesidad de agregación al protocolo del documento original que acredite la representación invocada por alguien. Sin perjuicio de que podríamos opinar que en virtud del art. 288 del CCC estas objeciones pueden ser superadas por la normativa local, no vale la pena aún entrar en esta discusión dado que la evolución tecnológica en Argentina para un protocolo notarial digital todavía no está en condiciones de aplicarse en el corto plazo.

Distinto, por supuesto, es el caso de la copia o testimonio a que se refiere el citado art. 308 del CCC, que expresamente prevé que *“ese instrumento puede ser obtenido*

por cualquier medio de reproducción que asegure su permanencia indeleble, conforme a las reglamentaciones locales”.

Tanto el CCC como la LFD equiparan los efectos de la firma digital a la ológrafa. Pero la LFD regula también la firma electrónica (art. 5º) que es la firma digital a la que le falta algún elemento para ser tal y por ello quien invoca su validez debe acreditarla.

De acuerdo al art. 9º de la LFD los elementos para que una firma digital sea válida son los siguientes: a) Haber sido creada durante el período de vigencia del certificado digital válido del firmante; b) Ser debidamente verificada por la referencia a los datos de verificación de firma digital indicados en dicho certificado según el procedimiento de verificación correspondiente; c) Que dicho certificado haya sido emitido o reconocido por un certificador licenciado.

Pasamos a analizar los elementos de una firma digital válida. El certificado digital es “el documento digital firmado digitalmente por un certificador, que vincula los datos de verificación de firma a su titular” para ello deben: a) Ser emitidos por un certificador licenciado por el ente licenciante; b) Responder a formatos estándares reconocidos internacionalmente, fijados por la autoridad de aplicación, y contener, como mínimo, los datos que permitan: 1. Identificar indubitavelmente a su titular y al certificador licenciado que lo emitió, indicando su período de vigencia y los datos que permitan su identificación única; 2. Ser susceptible de verificación respecto de su estado de revocación; 3. Diferenciar claramente la información verificada de la no verificada incluidas en el certificado; 4. Contemplar la información necesaria para la verificación de la firma; 5. Identificar la política de certificación bajo la cual fue emitido. (Art. 13 y 14 LFD)

Los certificados digitales (clave privada) quedan en poder de una persona humana por medio de diversos dispositivos electrónicos. Éstos pueden ser: un token como utiliza el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires y la Chambre des Notaires en Francia; una Tarjeta Inteligente como utiliza el notariado español; en un D.N.I. electrónico como utilizan parte de los ciudadanos españoles; mediante un software ubicado en lo que se denomina la “nube” o en un área encriptada de un disco de computadora (entre otros). El certificado tiene un período de vigencia.

En la práctica la única información que contienen los certificados digitales en la Argentina es el número de CUIL o CUIT de la persona humana y su nombre y apellido.

Los certificados digitales son emitidos por los certificadores licenciados (art. 17 y ss). El decreto 2628/02 que reglamenta la LFD (en adelante DFD), permite que los certificadores no licenciados emitan certificados digitales pero en ese caso le otorga los efectos de la firma electrónica.

Los certificadores licenciados pueden delegar en Autoridades de Registro (art. 35 DFD) las funciones de validación de identidad y otros datos de los suscriptores de certificados y de registro de las presentaciones y trámites que les sean formuladas, bajo la responsabilidad del Certificador Licenciado, cumpliendo las normas y procedimientos establecidos. Para ello la autoridad de registro recibe las solicitudes de emisión de certificados, valida la identidad y autenticación de los datos de los titulares de certificados y de otros datos de los titulares de certificados que se presenten ante ella cuya verificación delegue el Certificador Licenciado; y remite las solicitudes aprobadas al Certificador Licenciado con la que se encuentre operativamente vinculada.

La Autoridad Certificante administrada por la SECRETARÍA DE MODERNIZACIÓN ADMINISTRATIVA del MINISTERIO DE MODERNIZACIÓN es la autoridad raíz en la Argentina y es quien administra a los certificadores licenciados de la Argentina, entre ellos la ONTI que a su vez ha delegado funciones en diversas autoridades de registro, entre ellas el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires que entrega certificados digitales emitidos por ONTI a sus asociados y a todo aquel que utilice sus servicios.

Para que un certificado digital sea emitido es necesaria la presencia física del solicitante ante el Certificador Licenciado o ante o ante la Autoridad de Registro que el Certificador determine (art. 32 de la Resolución 399 - E/2016 del MINISTERIO DE MODERNIZACIÓN, en adelante RMD).

La misma resolución establece la política de certificación para la Argentina y en cuanto nos interesa su artículo 9º establece que “Para la prestación de otros servicios en relación con la firma digital se utilizarán: a) Certificados de aplicaciones, definidos como aquellos que tienen la finalidad de identificar a la aplicación o servicio que firma

documentos digitales o registros en forma automática mediante un sistema informático programado a tal fin. Los certificados digitales que permitan identificar en forma fehaciente en internet o cualquier otra red informática, a los servidores que establezcan conexiones seguras, son también certificados de aplicaciones. b) Sellos de tiempo, siendo éstos los que indican fecha y hora cierta asignada a un documento o registro electrónico.

El art. 18 de la LFD establece que las entidades que controlan la matrícula, en relación a la prestación de servicios profesionales, podrán emitir certificados digitales en lo referido a esta función, con igual validez y alcance jurídico que las firmas efectuadas en forma manuscrita y a ese efecto deberán cumplir los requisitos para ser certificador licenciado. Dados los costos asociados con los mismos, en su caso el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires ha resuelto que es más práctico ser Autoridad de Registro y utilizar certificados de aplicaciones emitidos por el Certificador Licenciado de modo que el proceso mediante el cuál el profesional firma digitalmente, además de la firma del escribano, inserta el certificado de proceso, quedando registrado en la órbita de la resolución citada. Dicho proceso se ha logrado a través de un programa especial que cuando es usado válida que el firmante sea escribano en ejercicio de la función notarial al momento de firmar. Entonces, lo que en realidad hace el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires como Autoridad de Registro y con un certificado de aplicación inserto en su firmador, cuando un escribano de su matrícula firma un documento digital con el firmador que provee el Colegio es “legalizar” la firma digital del escribano.

Por otra parte la resolución 399/2016 establece en su art. 37 que las personas jurídicas podrán solicitar certificados digitales a través de sus representantes legales o apoderados. A los efectos de aplicar este artículo se ha decidido la utilización de los certificados de aplicaciones mencionados en el párrafo anterior, lo que ratifica el informe IF-2017-17378385-APN-DNGIYS#MM del 16 de agosto de 2017 del Ministerio de Modernización que discontinúa la emisión de certificados a personas jurídicas.

Respecto de la normativa nacional queda por decir que se han previsto los sellos de tiempo (art. 38 RMD) a los efectos de asegurar la fecha y hora en que se firma un documento.

Por último esta resolución (RMD) en su art. 11 prevé que los certificados digitales emitidos por certificadores licenciados, en el marco de la Infraestructura de Firma Digital de la REPÚBLICA ARGENTINA, podrán ser utilizados por sus titulares para firmar digitalmente cualquier documento o transacción, pudiendo ser empleados para cualquier uso o aplicación, como así también para autenticación o cifrado.

Siguiendo la línea normativa, Código Civil y Comercial, Ley 25.506, Decreto 2628/02, Resolución 399/16 del Min. Modernización, la ley 404 de la Ciudad de Buenos Aires que regula la función notarial en la Ciudad de Buenos Aires en su artículo 62 establece que “Los documentos podrán ser extendidos en forma manuscrita, mecanografiada o utilizando cualquier otro medio apto para garantizar su conservación e indelebilidad y que haya sido aceptado por el Colegio de Escribanos...”. A su vez el art. 93 sostiene que los certificados “Deberán ser extendidos en las hojas de actuación notarial que para cada caso determine el Colegio de Escribanos, excepto en los supuestos cuya facción en otro soporte documental fuere impuesta por las leyes de fondo...” y el artículo 114 referido a las copias, testimonios y copias simples establece que “En estos documentos podrá emplearse cualquier soporte material y medio de reproducción que asegure su permanencia indeleble en el tiempo, conforme con las reglamentaciones que al efecto estableciere el Colegio de Escribanos.”. Finalmente el Decreto Reglamentario de la ley 404 establece en su artículo 36 que “El soporte del documento podrá ser de cualquier naturaleza admitida por la legislación vigente y aprobada por el Colegio de Escribanos, siempre que garantice perdurabilidad, accesibilidad, significado unívoco y posibilidad de detectar cualquier modificación que se introdujere a posteriori de las firmas de las partes y del escribano autorizante.”

De acuerdo a las facultades que le confiere el art. 124 de la ley 404 de C.A.B.A. el Consejo Directivo del Colegio de Escribanos ha aprobado el Reglamento sobre utilización de Firma Digital por resolución 50/14, modificada por resoluciones 6/15, 171/15, 131/17 y 132/17 que fueron adaptándola a los cambios tecnológicos.

En lo que respecta a esta resolución se han previsto cambios muy interesantes para instalar a los escribanos de la Ciudad en el mundo moderno y tecnológico que se viene, a saber:

Se autoriza la firma digital a los escribanos en certificados, copias y traslados y se les otorga el mismo valor que los firmados en soporte papel. Quedan excluidos los documentos protocolares, es decir la escritura matriz. Este sistema, se prevé para la firma de los escribanos y no de los particulares porque la tecnología no avanzó aún lo suficiente en Argentina para hacerlo. Sólo se reconoce a estos fines la firma digital otorgada por Autoridades de Registro o Autoridades Certificantes con las cuáles el Colegio de Escribanos hubiere suscripto convenio, lo que en la práctica quiere decir que el Colegio sólo reconoce a los fines notariales los certificados digitales entregados por el Colegio a sus Colegiados.

Se ha previsto que el Colegio valide el carácter de escribano en ejercicio de la función notarial al momento de la firma del documento. Para ello el Colegio consta con un certificado de aplicación y exige firmar los documentos notariales autorizados con el firmador desarrollado por el Colegio para mantener la cadena legal reseñada anteriormente. Bajo estas circunstancias el Colegio legaliza la firma digital del escribano, lo que así reconoce la reglamentación en su artículo 5º con lo que adquiere validez en todo el territorio nacional.

El Reglamento de Firma Digital (RFD) prevé la posibilidad de diversos usos de la firma digital a saber:

a) El Certificado Notarial Digital (art. 8). Es la versión digital del certificado de reproducciones o comúnmente conocido como certificación de fotocopias. Mediante el uso de esta foja digital se habilita al escribano de la Ciudad a certificar en formato digital todo tipo de archivo o reproducción siempre que deje constancia de los mismos elementos que se piden en papel de acuerdo al artículo 96 y siguientes de la ley 404. La única particularidad de este tipo de certificación es que se ha previsto que tenga un plazo de caducidad de 90 días.

Esta norma viene a reglamentar lo previsto en el art 5º del DFD que dispone que se podrán obtener copias autenticadas a partir de los originales en formato digital firmado digitalmente.

b) Documentos digitales a papel (art. 10). Se ha previsto también que todo documento firmado digitalmente pueda ser impreso por el escribano y certificado en una foja en papel de certificación de reproducciones dejando constancia de todas las circunstancias relevantes que identifiquen al documento digital. A su vez se ha previsto la forma en que dichos documentos firmados digitalmente, como puede ser el estatuto de una S.A.S. o bien una copia digital de un poder, puedan ser agregados al protocolo a los efectos de acreditar la representación en cualquier acto jurídico. Basta que el escribano imprima el documento y lo certifique pero sin foja de reproducciones. Imaginemos que un cliente llega a la escribanía a certificar una firma y se olvidó el poder que acredita su representación. Basta llamar al escribano que lo autorizó para que envíe una copia digital del mismo, expedido en la foja de concuerda que más adelante mencionamos.

c) Comunicaciones Digitales. Se ha previsto que las comunicaciones entre escribanos y cualquier otro organismo, tengan el mismo valor que las realizadas en soporte papel siempre que estén firmadas digitalmente.

d) Copia Digital. Los escribanos pueden expedir las copias de las escrituras públicas utilizando la foja de concuerda digital para lo cual deberá escanear la matriz o la primera copia en papel a criterio del escribano. Esta copia tiene el mismo valor y requisitos que la prevista en el artículo 105 de la ley 404 y empieza a usarse para el estatuto de las S.A.S. (el art. 59 de la ley 27349, establece con relación al estatuto de la S.A.S., sus modificatorios y los poderes y revocaciones que otorguen sus representantes, que *“aun habiéndose otorgado en soporte papel, su primera copia deberá expedirse en forma digital con firma digital del autorizante...”*.)

El reglamento no ha considerado aún la recomendación de las Conclusiones del XXVIII Congreso Internacional del Notariado (París 2016), que señaló que “Para evitar la posibilidad de multiplicar ad infinitum las copias de la copia electrónica, lo que, lejos de aportar seguridad al tráfico generaría un caudal incontrolado de copias en manos de

personas que pueden no ser el titular de las facultades o derechos que de las mismas resultan, se recomienda que las copias electrónicas con valor jurídico de documento auténtico equivalente a las correspondientes en soporte papel solamente puedan ser remitidas a otros notarios, autoridades judiciales o funcionarios de la Administración y que tales copias electrónicas solamente puedan pasarse a soporte papel por el propio notario autorizante, el notario destinatario o formando parte de los extractos de los expedientes administrativos”.

e) Legalización Digital. Actualmente funciona la posibilidad de que el escribano legalice su firma ológrafa mediante medios digitales. Para ello el escribano que solicite la legalización digital de la firma y sello insertos en un documento notarial deberá enviar escaneado el documento a legalizar a través del acceso restringido en la *web* del Colegio de Escribanos, utilizando su firma digital. Validado el procedimiento por el Departamento de Legalizaciones, la legalización será firmada digitalmente por el escribano legalizador. Devuelto al escribano solicitante el archivo firmado digitalmente, deberá imprimirlo en la correspondiente foja de “Legalización Digital”, firmarla en forma ológrafa, sellarla y adjuntarla al documento en el que constan la firma y sello originales que se legalizaron. Es la comodidad de no ir a la sede física del Colegio de Escribanos para legalizar una firma.

f) Certificación de firmas ológrafas. La LFD en su artículo 11 prevé que los documentos electrónicos firmados digitalmente y los reproducidos en formato digital firmados digitalmente a partir de originales de primera generación en cualquier otro soporte, también serán considerados originales y poseen, como consecuencia de ello, valor probatorio como tales, según los procedimientos que determine la reglamentación. Por ello en su art. 17 el RFD prevé que el escribano podrá certificar firmas ológrafas puestas en soporte papel como lo hace hoy en día, luego escanear el documento certificado y finalmente adjuntarlo a la foja digital que creó el Colegio de Escribanos y que el escribano deberá firmar digitalmente. De este modo un documento que nace en formato papel con firmas certificadas, como el estatuto de una S.A.S., puede circular en formato digital teniendo el mismo valor que en formato papel.

g) Certificación de firmas electrónicas y digitales insertas en documentos digitales. Si la persona humana posee firma digital o electrónica puede solicitarle al escribano que certifique que fue puesta en su presencia en un documento digital que será adjuntado a la foja digital de certificación de firmas electrónicas y digitales. Este procedimiento puede resultar especialmente útil para acreditar la representación en documentación electrónica.

h) Reservorio Digital. A los fines de preservar la documentación, facilitar su consulta y validar la misma, se ha creado un reservorio digital de documentos firmados digitalmente por escribanos en el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

Como puede apreciarse el reglamento prevé varias situaciones incipientes que podrán utilizarse en los próximos años y serán de gran utilidad para los usuarios y los organismos públicos.

CONCLUSIONES o PONENCIAS

- 1. El instrumento público o privado en soporte digital debe estar firmado con firma digital para ser tal. No es suficiente la firma electrónica. Por lo tanto, los documentos firmados con firma electrónica, constituyen, conforme a lo establecido en el art. 287 CCCN, instrumentos particulares no firmados.**
- 2. La validación que hace el Colegio de Escribanos respecto de la firma digital de los escribanos, equivale a la legalización de la firma del escribano autorizante.**
- 3. Cuando un documento en soporte papel es certificado por un escribano en una foja notarial digital, el documento digital adquiere el mismo valor jurídico que el documento papel.**